

STUDIO LEGALE LUBRANO & Associati

00196 ROMA - Via Flaminia 79 - +39063202562 - 3223249 - 3214981 (fax)
info@studiolubrano.it - www.studiolubrano.it

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA. LUSSEMBURGO.

Causa pregiudiziale C – 54 / 18

Osservazioni

della **Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti**, con sede legale in Roma, Lungotevere delle Navi 30, C.F. 97581370588, in persona del Presidente prof. avv. Filippo Lubrano, nato a Roma il 14 luglio 1939, C.F. LBR FPP 39L14 H501I, residente in Roma, 00187, Via Francesco Crispi 10, autorizzato con deliberazione del Comitato dei Delegati della stessa Società in data 27 marzo 2018, in proprio ai sensi dell'art. 86 del Codice di procedura civile, nonché rappresentato e difeso dagli avvocati prof. Alessandro Crosetti (C.F.: CRS LSN 48S07 L219Y – PEC alessandrocrosetti@pec.ordineavvocatorino.it), Benedetta Lubrano (C.F.: LBR BDT 75H62 H501G – PEC avv.benedetta.lubrano@pec.it) e prof. Enrico Lubrano (C.F. LBR NRC 71E20 H501I – PEC avv.enrico.lubrano@pec.it), come da mandato in calce al presente atto, elettivamente domiciliato presso la Sede operativa della Società in Roma, 00196, Via Flaminia 79, segreteria@siaaitalia.it, PEC siaaitalia@legalmail.it, FAX 06/3214981, dichiarando di volere ricevere ogni comunicazione e notificazione a mezzo PEC (della Società e/o degli Avvocati) e/o a mezzo mail (della Società)

in relazione

al **giudizio di legittimità dell'art. 120, commi 2 bis e 6 bis decreto legislativo 10 luglio 2010, n. 104**, rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con ordinanza del Tribunale amministrativo regionale del Piemonte 17 gennaio 2018, n. 88.

FATTO

Con **ordinanza 17 gennaio 2018, n. 88**, il Tribunale amministrativo regionale del Piemonte ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea **la questione di legittimità dell'art. 120 commi 2 bis e 6 bis della legge 10 luglio 2010, n. 104** (Codice del processo amministrativo) in tema di impugnazione immediata degli atti di ammissione di concorrenti dalle gare di appalto.

Tale **disciplina, della impugnazione immediata degli atti di ammissione ed esclusione dei concorrenti delle gare di appalto, appare essere gravemente pregiudizievole per gli interessi di tutti i soggetti interessati come ricorrenti da un giudizio amministrativo in materia di appalti** e, in particolare, delle Imprese partecipanti **e, quindi, di tutti gli Avvocati Amministrativisti**, ai quali potrebbe essere conferito il relativo mandato difensivo, in quanto l'obbligo immediato di impugnazione delle ammissioni ed esclusioni alle gare di appalto potrebbe determinare una **forte diminuzione della effettiva proposizione delle impugnazioni** (in un momento in cui, per evidenti ragioni di carattere economico, si va manifestando una realtà deflattiva).

STUDIO LEGALE LUBRANO & Associati

00196 ROMA - Via Flaminia 79 - +39063202562 - 3223249 - 3214981 (fax)
info@studiolubrano.it - www.studiolubrano.it

La **Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti**, ai sensi del proprio atto costitutivo e dello statuto, *“ha per scopo ... di concorrere alla soluzione dei problemi degli Avvocati che esercitano la loro attività professionale nel settore del diritto amministrativo ... a tale fine ... assumendo ogni altra iniziativa ritenuta opportuna per la realizzazione dello scopo anche dinanzi alle pubbliche amministrazioni ed agli organi giudiziari”* (in proposito si veda il giudizio T.R.G.A. Trento n. 58/2013, concluso con sentenza 15 marzo 2016, n. 148).

In tale situazione **la Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti, con atto in data 28 marzo 2018, ha proposto intervento ad adiuvandum nel giudizio presso il Tribunale amministrativo regionale del Piemonte**, nel corso del quale è stata sollevata e rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la richiamata questione di legittimità dell'art. 120 commi 2 *bis* e 6 *bis* d. l.vo n. 104/2010.

In dipendenza della data da cui è stato effettuato l'intervento nel giudizio presso il Tribunale amministrativo regionale del Piemonte (28 marzo 2018), **la Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti non è risultata destinataria della nota 28 febbraio 2018, n. 2073078IT**, con la quale la Cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha assegnato alle parti del giudizio dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Piemonte, **il termine per la presentazione delle proprie Osservazioni scritte** sulla predetta domanda di pronuncia pregiudiziale. Solo **in data 3 settembre 2018** la Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti, in sede di controllo dello stato del giudizio presso il Tribunale amministrativo regionale del Piemonte, ha avuto notizia dell'avvenuta trasmissione di atti da parte della Cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea alla Segreteria del Tribunale amministrativo regionale del Piemonte, in tal modo acquisendo **notizia degli sviluppi procedurali della causa pregiudiziale C – 54 / 18 presso la Corte di giustizia dell'Unione Europea**.

In relazione a tale accertamento, avvenuto in mancanza di comunicazione da parte del Giudice del rinvio dell'intervento di una parte nuova nel procedimento principale, **la Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti interviene nel giudizio C – 54 / 18 presso la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, accettando di assumere la causa nello stato in cui essa si trova all'atto dell'acquisita conoscenza della sua pendenza dinanzi alla Corte (art. 97 Regolamento procedura Corte di Giustizia europea)**.

DIRITTO

1. La norma oggetto della causa pregiudiziale C – 54 /18 prescrive che *“il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del*

STUDIO LEGALE LUBRANO & Associati

00196 ROMA - Via Flaminia 79 - +39063202562 - 3223249 - 3214981 (fax)
info@studiolubrano.it - www.studiolubrano.it

*committente della stazione appaltante. ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. **L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale**".*

Tale disposizione comporta che il soggetto che partecipa ad una procedura di appalto, in relazione allo svolgimento della prima fase della procedura che consiste nell'ammissione dei vari concorrenti alle fasi successive, **ove voglia poi avere la possibilità giuridica di impugnare l'aggiudicazione disposta a favore di altra parte della quale contesta il titolo all'ammissione, deve proporre ricorso in sede giurisdizionale fin dal momento della ammissione.**

In questo modo, contrariamente al criterio che viene seguito in tutti gli altri settori dell'ordinamento con riferimento ad altre ipotesi di tipo concorsuale, si impone l'**impugnazione immediata** dell'atto di ammissione dei possibili concorrenti fin dal momento della sua emanazione **quando non è ancora possibile determinare se tale atto avrà una giuridica rilevanza nella procedura**, rilevanza che potrà determinarsi solo all'esito dell'intera procedura concorsuale (e, quindi, ove il soggetto non aggiudicatario si trovi nella condizione di contestare la legittimità dell'ammissione del soggetto aggiudicatario).

Si noti che **tale prescrizione appare, in punto di fatto, assolutamente contraria ai principi generali di efficienza delle procedure giurisdizionali**, in quanto:

- pone a carico di ciascun concorrente l'**onere di impugnare le ammissioni di tutti gli altri concorrenti**, quando ancora **non è dato sapere** se i predetti soggetti (ricorrente e destinatario della contestazione) **si potranno trovare nella posizione di interessati sostanziali** alla contestazione in dipendenza del risultato della gara (con effetti rilevanti anche in riferimento al sistema di *rating* delle imprese di cui all'art. 83 d. l.vo 19 aprile 2016, n. 50, considerata l'applicazione come parametro negativo del contenzioso attivato dall'operatore economico);
- impone alle **Amministrazioni** interessate di **assumere la posizione difensiva** rispetto a tali impugnazioni, in un momento in cui ancora **non si sa se le impugnazioni abbiano un carattere concreto ed effettivo**;
- incide, in modo notevole, sulla **amministrazione della Giustizia**, che viene **gravata da ricorsi che potrebbero risultare del tutto inutili**, come potrà essere accertato solo a seguito della definizione della procedura concorsuale e della eventuale proposizione dell'unica impugnazione rispetto alla quale soltanto sussiste un effettivo interesse.

Si tratta, quindi, di una realtà oggettiva che, a parte i costi del tutto inutili del contributo unificato (che, come la Corte ben conosce, è per questa materia richiesto in misura maggiorata e

ripetuta, considerato anche che si tratta di una serie di impugnazioni incrociate), comporta **indubbi e inutili aggravati per il sistema dell'economia** a carico delle parti interessate all'appalto e **per il sistema della giustizia** a carico della Magistratura chiamata ad un impegno del tutto inutile.

*

2. Le disposizioni contestate comportano, quindi, la **violazione di alcuni principi fondamentali dell'ordinamento comunitario.**

In particolare:

- si profila la **violazione del principio di effettività / efficacia del ricorso giurisdizionale** (art. 47 Carta dei Diritti fondamentali di Nizza – “*diritto ad un ricorso effettivo*” -; art. 13 CEDU – “*diritto ad un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale*” -; art. 19, comma secondo, Trattato Unione Europea – “*una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione*” -; art. 1 Direttiva n. 89/665/CEE, modificato dall'art. 1 Direttiva n. 2007/66/CE – “*ricorso efficace*” – e comma 3 – “*rendere accessibile la procedura di ricorso ... a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto*” -): la posizione soggettiva da tutelare in modo effettivo è, quindi, propria dell'**interesse del concorrente ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto**, non una situazione del tutto ipotetica e condizionata e, presumibilmente (almeno in parte, tenuto conto della pluralità dei ricorsi), del tutto irrilevante;
- si profila la **violazione del principio di equivalenza**, in base al quale le modalità processuali non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi previsti per la tutela dei diritti derivanti dall'ordinamento interno (cfr. Corte di Giustizia Unione Europea Sezione Quinta 20 novembre 2015, n. 166 in C – 166/14): è palese che la norma contestata, che prevede l'onere di immediata impugnazione in un momento in cui ancora non è accertato se la fattispecie abbia un carattere effettivo e concreto, è una disposizione eccezionale nell'ordinamento processuale amministrativo italiano, nel quale, al contrario, vige, e viene costantemente richiamato dalla giurisprudenza amministrativa, il principio opposto della **proponibilità dell'impugnazione solo quando l'interesse assume carattere effettivo** (si vedano i principi affermati in riferimento ai giudizi relativi alle procedure di concorso pubblico);
- risulta **violato il principio di proporzionalità** di tutela giurisdizionale e i criteri secondo i quali eventuali limiti alla tutela “*non devono costituire rispetto allo scopo perseguito un intervento sproporzionato tale da ledere la sostanza stessa dei diritti*” (Corte di Giustizia Unione Europea 15 giugno 2006, C-28/05): nella specie, a parte la

STUDIO LEGALE LUBRANO & Associati

00196 ROMA - Via Flaminia 79 - +39063202562 - 3223249 - 3214981 (fax)
info@studiolubrano.it - www.studiolubrano.it

difficoltà di individuare un “*giusto*” scopo perseguito dalla norma (se fosse, come sembra, quello di limitare l’effettivo intervento del Giudice, non sarebbe certo “*giusto*” ma piuttosto “*illecito*”), sembra evidente che il sistema realizzato (impugnazioni numerose, non necessarie e nella maggior parte dei casi, forse solo meno una, inutili) è **del tutto sproporzionato a qualsiasi fine attinente al regolare svolgimento della giustizia amministrativa**, sembra proprio, come si dice in Italia, “*andare a caccia di passerotti e sparare con un cannone*”.

*

3. Si allega:

- copia atto di **intervento al Tribunale amministrativo regionale del Piemonte**;
- copia **Statuto Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti**;
- copia atto di **visione 3 settembre 2018 procedimento** dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Piemonte;
- copia **delibera autorizzativa del Comitato dei Delegati** della Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti 27 marzo 2018.

Roma, 22 ottobre 2018

(prof. avv. Alessandro Crosetti)

(avv. Benedetta Lubrano)

(prof. avv. Enrico Lubrano)

(prof. avv. Filippo Lubrano)

MANDATO

Nella qualità di Presidente e legale rappresentante pro tempore della Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti, delego a rappresentare e difendere la stessa nel presente giudizio (Causa pregiudiziale C – 54 / 18 dinanzi alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea) gli avvocati prof. Alessandro Crosetti, Benedetta Lubrano e prof. Enrico Lubrano, conferendo loro ogni potere di legge, ivi compresa la proposizione di motivi aggiunti e la facoltà di farsi sostituire. Eleggo domicilio presso la Sede operativa della Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti in Roma, 00196, Via Flaminia 79, segreteria@siaaitalia.it, PEC siaaitalia@legalmail.it, fax 06/3214981. Autorizzo il trattamento dei dati personali.

(Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti – prof. avv. Filippo Lubrano)

Visto per autentica.

(prof. avv. Alessandro Crosetti)

(avv. Benedetta Lubrano)

(prof. avv. Enrico Lubrano)